en France (art. R. 421-13 C. des assurances, réd. D. 14 mars 1986)[6]. Depuis une loi du 6 juillet 1990, le droit à réparation des *victimes d'infractions*, subordonné antérieurement à la condition de réciprocité ou à la possession de la carte de résident privilégié, est étendu aux étrangers en séjour régulier au jour des faits ou de la demande[7]. Une résidence habituelle et régulière en France est également requise des étrangers pour bénéficier des différentes formes *d'aide juridique* (L. 10 juil. 1991, art. 3 et D. 19 déc. 1991).

182-2. Mesures d'assistance. – A la différence des prestations de sécurité sociale, les aides financières d'origine fiscale ont été le plus souvent réservées aux Français, sauf lorsqu'elles répondaient à des considérations élémentaires d'humanité.

Ainsi, après les guerres, ont été réservés aux Français la réparation des dommages de guerre[1], les avantages divers accordés aux rapatriés[2], le bénéfice de

---

182-1. (6) V. sur les modalités de financement du fonds, la note Ch. Gavalda, R. 1959.477; sur la situation des ayants droits de la victime, la rép. min. R. 1959.768. *Adde* Paris 17 oct. 1967, R. 1968.283, note Simon-Depitre, maintenu par Crim. 20 mai 1969, R. 1970.67, D. 1969.589. La réciprocité est réservée. Des accords de réciprocité ont été conclus avec le Luxembourg, la Belgique et la Suisse, R. 1968.752, ainsi qu'avec la Tunisie (R. 1970.535) et la Maroc (R. 1978.171). Pour les Espagnols, v. Trib. gr. inst. Paris 25 juin 1969, J.C.P. 1970.I.16574, note Claeys, J. 1971.826, note Bigot, qui paraît entendre « trait pour trait » le traité de 1862 (n. 186-2). Pour les Algériens, v. Civ. 1re, 20 nov. 1979, G.P. 1980.1.Som.141. Cf. dans le même ordre d'idées les lois sur la révision de certaines rentes viagères au *Rép. Dalloz de dr. int.*, vº *Étranger*, par Maury et Lagarde, n. 103.

(7) Art. 706-3 c. proc. pén. Sur la L. 6 juil. 1991, v. Favard et Guth, J.C.P. 1990.I.3466, spéc. n. 3; Civ. 2e 21 juil. 1992, D. 1992.I.R.245. Sur le régime antérieur, condamné par la Cour de just. des com. europ. (2 fév. 1989, R. 1990.83, note M. Simon-Depitre, J. 1989.417, chr. Boutard-Labarde, J.C.P. 1989.II.21304, note Calvet et Huglo), v. Crim. 9 fév. 1983, R. 1983.641, note Simon-Depitre (refus à la veuve d'un Algérien titulaire d'un certificat de résidence): Civ. 2e, 10 fév. 1986, J.C.P. 1987.IV.62 (refus à un Turc titulaire d'une carte consulaire). Pour les victimes d'actes de terrorisme, v. L. 9 sept. 1986, art. 9 et Conv. europ. 24 nov. 1983 (décr. 29 mai 1990, R. 1990.582).

182-2. (1) L. 17 avril 1919, Ord. 2 nov. 1945, L. 28 oct. 1946. La protestation de la Suisse à la Société des Nations en 1934 contre le refus d'indemnisation à ses ressortissants est restée sans effet, v. Maupas, J. 1935.277, 1936.560. V. sur l'ensemble de la question Maury et Lagarde, *Rép. Dalloz de dr. int.*, vº *Dommages de guerre*. Sur la réparation des dommages de guerre subis par les Français à l'étranger, v. R. 1948.548, L. 3 avril 1955, D. 20 déc. 1955. La L. 18 juin 1956 a apporté certains tempéraments à l'exclusion.

On peut rapprocher des mesures d'assistance le droit d'*affouage*, c'est-à-dire de prendre du bois de chauffage sur les biens communaux. Les étrangers ne pouvaient y prétendre que s'ils étaient admis à domicile (art. 105 ancien, C. forestier); ils en sont donc exclus depuis la suppression de l'admission à domicile: Cons. d'État 20 janv. 1933, R. 1935.396. L'exclusion était passée dans le nouveau Code forestier (art. L. 145-4, D. 25 janv. 1979) mais elle a disparu dans la rédaction de la L. 4 déc. 1985. Sur ses motifs, v. la rép. min., R. 1978.395.

(2) La L. 26 déc. 1961, relative à l'accueil et à la réinstallation des Français d'outre-mer réserve ses avantages aux Français ainsi qu'aux « étrangers dont l'activité ou le dévouement justifient cette extension ». V. D. 4 sept. 1962, L. 26 déc. 1964 et ses décrets d'application du 2 septembre 1965 qui se réfèrent au D. 4 sept. 1962. *Adde* la rép. min., R. 1967.608. Sur la date à laquelle la nationalité française doit avoir été possédée, v. Trib. adm. Pau 13 mars 1968, G.P. Somm. 23 août 1968. Sur le même problème concernant la L. 10 juil. 1965 (accession au régime vieillesse), v. Soc. 22 nov. 1978, J.C.P. 1979.IV.35. Sur la compatibilité des

l'adoption par la nation[3]. De même, sauf convention internationale de réciprocité, les avantages de vieillesse « non contributifs »[4], qui viennent compléter la pension d'assurance vieillesse de la Sécurité sociale, sont en principe réservés aux Français résidant sur le territoire français. Il en est encore de même de l'aide aux handicapés adultes (L. 13 juil. 1971 et 30 juin 1975) considérée « en l'absence de toute convention internationale et de toute disposition législative permettant de l'attribuer à des étrangers », comme réservée aux Français résidant en France (Circ. 8 sept. 1972, n. 31121, J.O. 22 sept.). Cette interprétation du texte, contraire à celle qui résulterait de l'article 11 du Code civil (n. 177), montre que ces mesures sociales d'origine fiscale se situent déjà en dehors du droit privé. V. de même la L. 13 juil. 1972, art. 21, sur les mesures en faveur des commerçants et artisans âgés.

En revanche, pour des raisons humanitaires évidentes mais aussi dans l'intérêt bien compris de la santé publique, les étrangers ont toujours été admis dans les *hôpitaux* comme les Français. L'administration se fondait sur ce que la loi du 7 août 1851 disposait en termes généraux que le malade privé de ressources est admis dans les hôpitaux sans condition de domicile; mais cette interprétation impliquait précisément qu'à défaut de texte exprès en sens contraire l'assistance bénéficie aux étrangers comme aux Français. La loi du 24 août 1993 fait une distinction entre l'aide médicale hospitalière (à laquelle est assimilée sur ce point l'aide sociale à l'enfance), accordée aux étrangers dans le besoin sous la seule condition de résidence en France, et l'aide médicale à domicile, accordée aux étrangers, sauf dérogation en cas de circonstances exceptionnelles, seulement s'ils séjournent régulièrement en France ou s'ils y résident (même irrégulièrement) de manière ininterrompue depuis au moins trois ans (art. 186 nouveau c. famille et aide soc., réd. L. 24 août 1993). La résidence régulière en France est exigée pour bénéficier des autres formes d'aide sociale, contrairement au droit antérieur[5]. Sont également accordés aux étrangers résidant en France le revenu minimum d'insertion (loi 1er déc.

D. 2 sept. 1965 avec les conventions internationales du travail, v. Soc. 11 févr. 1971, *Bull. civ.*, 1971.V, n. 116, J. 1971.568, chr. Ruzié. Sur la qualification des mesures prévues par la L. 26 déc. 1964 au regard de l'application de divers traités internationaux, v. Cons. d'État 25 juil. 1975, R. 1976.60 et la note Valticos; Soc. 16 févr. 1977, J. 1978.301, note Tillhet-Pretnar; 17 mai 1978, J.C.P. 1978.IV.219. V. aussi la L. 15 juil. 1970 sur l'indemnisation des Français dépossédés. En revanche, les mesures de protection juridique instituées en faveur des rapatriés bénéficient aujourd'hui aux étrangers, depuis la L. 6 juil. 1966, modifiant sur ce point la L. 11 déc. 1963. V. aussi, pour les victimes étrangères de dommages physiques subis en Algérie, le D. 25 avril 1969 (R. 1969.342). L'arrêt du 16 févr. 1977, précité, se réfère à la « solidarité nationale ».

182-2. (3) D. 24 févr. 1951, art. 464; cf. Paris 1er oct. 1960, R. 1962.Som.731.

(4) Allocation aux vieux travailleurs salariés L. 14 mars 1941 et Ord. 2 nov. 1945, art. L. 811-1 et s. C. Séc. soc.; cf. Civ. 2 juin 1961, J. 1963.450; allocation aux mères de famille, D. 19 juil. 1946, art. L. 813-1, C. Séc. soc.; secours viager, art. L. 811-11. C. Séc. soc.; allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité, L. 30 juin 1956, art. L. 815-2. C. Séc. soc., cf. refusant cet avantage aux apatrides, Civ. 13 avril 1967, *Bull. civ.*, II, n. 143. *Adde* sur l'allocation spéciale de vieillesse aux non-salariés, L. 10 juil. 1952, art. L. 643-8 C. Séc. soc., Civ. 13 nov. 1959, D. 1960, Som.48; Civ. 2e, 26 oct. 1967, J. 1968.353, obs. Ribettes-Tillhet.

(5) V. les rép. min. R. 1987.860 et 1990.585.

1988, art. 8) le secours de *chômage* (aujourd'hui le revenu de remplacement des travailleurs privés d'emploi)(6), les *pensions* militaires d'invalidité et des victimes de la guerre(7). La loi du 17 janvier 1975 subordonne l'interruption de grossesse pour des femmes étrangères à des conditions de résidence fixées par voie réglementaire (D. 13 mai 1975 mod. D. 5 août 1980).

§ 2. Droits politiques et participation aux services publics.

183. Droits politiques. Participation aux organismes professionnels. – Les étrangers n'ont pas en France la jouissance des droits politiques. La solution, traditionnelle, paraît bien exprimer que la nationalité est l'appartenance à la population constitutive en droit de l'État: les institutions qui constituent juridiquement cet État sont donc légitimement confiées pour leur fonctionnement à la population par laquelle et pour laquelle elles sont créées. Comme le disait déjà Domat les étrangers «ne sont pas du corps de la société qui compose l'État d'une nation» (*Lois civiles*, I, p. 312). Plus concrètement l'admission des étrangers dans la vie politique introduirait un élément hétérogène qui ne simplifierait pas les problèmes; cette intrusion ne serait d'ailleurs pas sans danger, l'étranger étant normalement mû par les intérêts de son propre pays. Le principe est communément admis en droit comparé(1).

Ce principe demeure tel quel pour les droits politiques *stricto sensu*. L'étranger est donc exclu de l'électorat et de l'éligibilité aux assemblées législatives, institutions politiques par excellence (Const. 1958, art. 3). Et il en va de même des élections aux assemblées administratives telles que les conseils régionaux, généraux ou municipaux. Cependant, la participation aux élections politiques, au moins municipales, est revendiquée par plusieurs mouvements d'étrangers vivant en France, à l'exemple de récentes réformes en ce sens en Suède et aux Pays-Bas. Elle impliquerait une notion de citoyenneté sans nationalité, sur le principe et la définition de laquelle la réflexion n'est pas achevée(2). Le traité de Maastricht sur l'Union européenne a prévu la participation des ressortissants des États membres de l'union aux élections locales de l'État dans lequel ils résident, ce qui a nécessité une révision de la constitution française du 4 octobre 1958 (art. 88-3 nouveau, réd. L. const. 25 juin 1992)(3).

Sur un terrain voisin du politique, les étrangers bénéficient aujourd'hui, dans une mesure large, du droit de participer à l'organisation de leur profession. Dès lors que les étrangers, de plus en plus massivement, étaient admis à exercer en France certaines professions, salariées ou non, leur exclusion de toute participation, directe ou indirecte, à l'organisation de ces professions et à la défense de leurs membres, apparaissait comme une discrimination de moins en moins justifiable.

Cette évolution, due pour une part aux obligations découlant du Traité de Rome et de quelques traités de coopération, a été pour l'essentiel l'œuvre du législateur, qui a subordonné le plus souvent la participation des étrangers à la condition d'une certaine durée de résidence en France.

C'est ainsi que si les étrangers demeurent exclus de l'électorat et de l'éligibilité aux tribunaux et chambres de commerce (D. 3 août 1961, 27 nov. 1961), l'électorat (mais non l'éligibilité) leur a été reconnu pour les conseils de prud'hommes (art. L. 513-3-1, C. trav., réd. L. 11 juil. 1975). Dans le même sens, les ressortissants des États membres de la Communauté économique européenne se sont vu reconnaître l'électorat aux tribunaux paritaires de baux ruraux et aux chambres d'agriculture (D. 9 oct. 1964, remplacé par D. 17 janv. 1973, et D. 28 août 1969).

De même, le droit d'être représentés dans les organismes représentant leur profession est de plus en plus fréquemment reconnu aux étrangers, que ce soit par des traités(4), par la loi(5) ou même par les tri-

---

182-2. (6) Art. L. 351-1 et s. c. trav. La loi du 24 août 1993 a modifié l'art. L. 311-5-1 et a imposé à l'Agence nationale pour l'emploi la vérification de la régularité du séjour et du travail de l'étranger lors de son inscription sur les listes de demandeurs d'emploi, condition d'ouverture des droits à l'assurance chômage. V. antérieurement et déjà en ce sens, art. R. 351-25.

(7) L. 1er août 1953; v. aussi les rép. min., R. 1969.364 et 1972.801. V. aussi sur le «contrôle social» des étrangers la circ. min. 3 avril 1946, R. 1946.322. Sur la reconnaissance aux étrangers du titre de déporté politique, v. art. 293 et 293 bis (L. 17 janv. 1986) C. Pensions militaires d'inval. et vict. de la guerre et Cons. d'État 23 avril 1965, R. 1965.675, note M. S.-D.

183. (1) L'U.R.S.S. a accordé de 1924 à 1938 (v. Silving, *Am. J. of comp. law*, 1956.411) les droits politiques aux ouvriers et paysans étrangers résidant en Russie pour y travailler. V. Grouber et Tager, J. 1925.307, 311.

(2) Sur ce thème, v. *Les droits politiques des immigrés, compte rendu du colloque des 5 et 6 déc. 1981*, Études, 1982; J. Costa-Lascoux, *in Les Nord-Africains en France*, sous la direction de M. Morsy, 1984, p. 165-196, qui évoque à ce sujet le système de la personnalité des lois; du même auteur: *De l'immigré au citoyen*, 1989; Breillat, *Les droits politiques de l'étranger en France*, in *La condition juridique de l'étranger en France, hier et aujourd'hui*, Nimègue, 1988, p. 67 et s., 88; Peuchot, *Droit de vote et condition de nationalité, Rev. du droit public et de la sc. pol.*, 1991.481. Sur la participation des étrangers aux élections locales dans les pays de la C.E.E., v. la réponse de la Commission, R. 1983.133; sur les hésitations du gouvernement français en fin 1981, D. Turpin, R. 1982.56 et s. L'expérience belge des conseils consultatifs communaux d'immigrés (v., *Hommes et migrations*, juin 1976) a servi de modèle à l'élection en mai 1985, à l'initiative d'une municipalité du Nord de la France (Mons-en- Barœuil) de représentants étrangers auprès du conseil municipal. Un décr. du 17 juil. 1984, mod. décr. 23 avril 1985, a institué auprès du ministre chargé des Immigrés un Conseil national des populations immigrées, à compétence consultative restreinte.

183. (3) Sur le problème de la participation des étrangers aux élections municipales dans la C.E.E. et sur les libertés publiques des étrangers, v. déjà les actes du colloque de Louvain-la-Neuve du 28 févr. 1978, in *Studi Emigrazione*, n. 49, 1978.

(4) Une exception très large, concernant la représentation «dans les mêmes conditions que les nationaux... aux assemblées consulaires et aux organismes assurant la représentation des intérêts économiques», se trouve dans presque toutes les conventions d'établissement conclues par la France avec les nouveaux États indépendants d'Afrique. V. Maury et Lagarde, *Rép. Dalloz dr. int.*, v° *Étranger*, n. 60. Cf. Simon-Depitre, *J.-Cl. dr. int.*, fasc 525-A, n. 5 et s. *Adde*, sur le problème général de l'accès des étrangers, membres des professions libérales, aux ordres professionnels, Maury et Lagarde, *loc. cit.*, n. 57.

(5) Pour l'enseignement supérieur, la loi du 26 janvier 1984, allant plus loin que la loi du 12 novembre 1968, exige la nationalité française pour le président de l'université, mais

bunaux[6]. L'exemple le plus caractéristique de cette évolution se trouve dans le droit du travail. Les étrangers ont d'abord été exclus de l'électorat et de l'éligibilité aux comités d'entreprise (Ord. 22 févr. 1945, art. 7) et aux fonctions de délégué du personnel (L. 16 avril 1946, art. 7). Ces institutions avaient paru trop neuves pour que le droit d'y participer pût leur être accordé. Mais l'exclusion des étrangers s'est révélée choquante dans les entreprises où ils constituaient la majorité du personnel. On a donc reconnu très tôt aux étrangers travaillant en France depuis cinq ans la qualité d'électeur au comité d'entreprise (L. 16 mai 1946, art. 7). La même qualité était presque aussitôt accordée aux résidents privilégiés (D. 5 juin 1946, art. 10), également déclarés (art. 18) éligibles comme délégués du personnel. Plus tard, les accords d'Évian ayant reconnu aux travailleurs algériens résidant en France les mêmes droits que les nationaux, à l'exception des droits politiques, la Cour de cassation a refusé de voir dans l'accès aux comités d'entreprise l'exercice d'une fonction politique et a reconnu l'éligibilité des Algériens[7]. La loi du 28 octobre 1982 a reconnu à tout étranger, dans les mêmes conditions que les Français, l'électorat et l'éligibilité aux comités d'entreprise et aux fonctions de délégué du personnel[8]. La loi du 11 juillet 1975 a permis aux étrangers d'être désignés comme délégués syndicaux (art. L. 412-14, C. trav.) et d'accéder, s'ils travaillent en France depuis cinq ans au moins et dans la limite du tiers, aux fonctions d'administration et de direction dans les syndicats professionnels (art. L. 411-4). La loi du 28 octobre 1982 a fait disparaître les dernières limitations relatives à l'exercice des droits syndicaux par les étrangers et tenant à la durée du travail en France et au plafond du tiers d'étrangers dans les organismes de direction et d'administration (art. L. 411-4 et L. 411-5 nouveaux C. trav.).

Dans le droit de la sécurité sociale, les étrangers ont été reconnus électeurs aux caisses d'allocations familiales, mais non éligibles[9].

---

accorde l'électorat et l'éligibilité aux étudiants étrangers pour les conseils de l'université (art. 27 et 39); *adde* le D. 28 déc. 1977 exigeant la nationalité française, mais seulement pour l'éligibilité, au conseil de l'ordre des architectes (réd. D. 17 sept. 1992).

183. (6) Cons. d'État 20 janv. 1975, R. 1977.302, note Simon-Depitre et Davia, D. 1976.72, note Pacteau, reconnaissant aux enseignants étrangers du second degré l'électorat et l'éligibilité aux conseils d'administration de leurs établissements, au motif qu'aucune disposition expresse ni aucun principe ne s'y opposent. L'arrêt paraît couvrir les « fonctions publiques », mais non les emplois publics (v. la note R. 1977.305).

(7) Soc. 18 mai 1971, R. 1971.669, note G. Lyon-Caen, J.C.P. 1971.II.16887, note Simon-Depitre, G.P. 1971.2.670, note Groutel, J. 1972.578, note Verdier.

(8) L'évolution avait été amorcée par les L. 27 juin 1972 et 11 juil. 1975. Cette dernière posait encore la condition de savoir s'exprimer en français. La Cour de cassation a jugé que la radiation par les électeurs des noms à consonance étrangère ne constituait pas une discrimination raciale prohibée, Soc. 7 févr. 1974, G.P. 1974.2.568, *Dr. social*, 1974.337, note J. Savatier.

(9) Art. L. 214-1 s. C. Séc. soc. Cf. pour l'électorat aux caisses de sécurité sociale après deux ans de résidence, art. 70-73.

183-1. Fonctions publiques. – L'étranger ne peut exercer de fonctions publiques parce qu'il s'agit là d'une partie intégrante, pour ne pas dire essentielle, de la « chose publique », de l'institution en laquelle s'incarne juridiquement l'État, et qui est créée, par définition, par et pour les Français. L'exercice de l'autorité publique est traditionnellement réservé aux nationaux. Domat observait déjà au XVII^{e} siècle qu'« on exclut les étrangers des charges publiques parce... que ces charges demandent une fidélité et une affection au prince et aux lois de l'État qu'on ne présume pas dans un étranger » (*Lois civiles*, I, p. 312). Jusqu'à la loi du 17 juillet 1978, le Code de la nationalité (art. 81) exigeait même que les fonctionnaires soient français depuis cinq ans au moins(*supra*, n. 119).

L'exclusion est entendue très largement. Elle s'étend à des fonctions liées au service public comme celle de juré criminel[1], ou accessoires à celui-ci, comme celles des auxiliaires de la justice et des officiers ministériels. Le principe est assez largement admis en droit comparé[2], mais il a perdu partiellement sa justification avec l'extension de la fonction publique à des activités ne comportant l'exercice d'aucune autorité[3].

Mais là aussi une évolution, quoique lente, commence à se dessiner, dont le terme serait de ne réserver aux Français que « les emplois dont les attributions soit sont séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique »[4]. Cette évolution n'est pour l'instant réalisée que pour les ressortissants des États membres de la communauté économique européenne, mais déjà l'enseignement supérieur est ouvert

---

183-1. (1) Art. 255, C. proc. pén., cf. cependant Crim. 5 juil. 1883, G.P. 83.2.86.

(2) Aux États-Unis, les exclusives à l'égard des étrangers, réputées contraires à l'« égalité de protection (14^{e} amendement) doivent être spécialement justifiées. V. pour les fonctions accessibles par concours et le barreau C. supr. 25 juin 1973, R. 1974.302, note Herzog. Sur le cas particulier du traité franco-monégasque du 28 juil. 1930, v. Niboyet, II, n. 610, p. 52. Il faut cependant noter que le Conseil d'État, par avis du 12 mai 1949, s'était prononcé pour l'admission des Tunisiens et des Marocains aux emplois publics de la République française (v. Maury et Lagarde, *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° *Étranger*, n. 77), mais, depuis, v. Ord. 7 janv. 1959, R. 1959.173 et, pour les Tunisiens, D. 18 mars 1960, pour les Algériens, L. 30 déc. 1965, art. 8, R. 1966.119. Sur le caractère très exceptionnel de ces deux derniers textes, v. la rép. min., *J.O. Déb. Ass. nat.*, 29 juil. 1972, p. 3331. La carte de la nationalité française entraîne la perte de plein droit de la qualité de fonctionnaire (Cons. d'État 3 nov. 1972, G.P. 1973.1.Somm.113).

(3) Le D. 26 déc. 1971 (art. 4) a supprimé l'exclusion pour les *témoins des actes notariés* (art. 9, L. 25 ventôse an XI), mais l'art. 980, C. civ. la maintient en matière de testament. La jurisprudence a entendu avec bienveillance en cas d'erreur commune (Req. 6 mai 1874, S. 74.1.471, Req. 1er juil. 1874, S. 75.1.254; Civ. 1re, 20 oct. 1970, R. 1971.245, D. 1971.201, note Dedieu, J.C.P. 1971.II.16657, note R.L., maintenant Grenoble 6 déc. 1967, *J. Not.*, 1968, art. 48693, note Viatte, R. 1969.53, note P. Lagarde) cette rigueur qui n'a pas été retenue (art. 37, C. civ.) pour les actes de l'état civil.

(4) Art. 5 bis nouveau L. 13 juil. 1983, réd. L. 26 juil. 1991, ouvrant aux ressortissants des États membres de la C.E.E. (et à eux seuls) l'accès à tous les emplois autres que ceux indiqués au texte. *Adde* le D. 13 janv. 1993 pour la fonction publique hospitalière et 30 nov. 1992 pour l'enseignement. Pour une remise en cause du principe de l'incapacité de l'étranger d'exercer une fonction publique, v. Chapus, *Nationalité et exercice des fonctions publiques*, *Mél. Charlier*, 1981, p. 19; comp. Breillat, *op. cit.* (n. 183, note 2), p. 82 et s.

aux étrangers, sans distinction de nationalité[5]. Il en est de même de la nouvelle profession d'avocat, mais seulement sous condition de réciprocité législative[6]. En outre, des dispositions spéciales prévoient parfois dans les traités les modalités d'accès des nationaux d'un État contractant aux emplois publics de l'autre[7].

La *tutelle* a été autrefois considérée comme une charge publique réservée aux Français[8]. Mais la Cour de cassation a finalement admis les étrangers à exercer la tutelle des mineurs de leur famille, au moins de leurs descendants[9]. Et c'est justice car dans la conception française le caractère familial de la tutelle est prédominant.

184. Charges publiques. – L'étranger n'est pas soumis à la charge publique la plus lourde qui frappe les nationaux, le service militaire. Ce service implique en effet un attachement à la patrie qui ne peut être exigé en droit des étrangers, et l'incorporation de ceux-ci risquerait en fait de tourner au détriment de la force militaire nationale[1]. Le principe a longtemps paru constant en droit comparé et exprimant une obligation internationale[2]. La France a estimé ne pas manquer à cette obligation en incorporant cependant les *apatrides* et ceux qui bénéficient du droit d'asile (C. service national, L. 10 juin 1971, art. L. 3)[3].

183-1. (5) Depuis la L. 12 nov. 1968. Sur les conditions de nomination de professeurs et de maîtres de conférences étrangers, v. le D. 6 juin 1984, art. 23 et 44. Pour les assistants non titulaires des universités, v. Cons. d'État 17 juin 1988, G.P. 1989.1.Som.137. Pour les professeurs au Collège de France, v. le D. 20 août 1992. Pour les chercheurs du Centre national de la recherche scientifique v. le D. 27 déc. 1984.

(6) Art. 11 L. 31 déc. 1971 mod. L. 31 déc. 1990. La condition de réciprocité n'est pas exigée des réfugiés et apatrides.

(7) C'est le cas des traités passés avec les États ayant accédé à l'indépendance. Certains de ces traités prévoient spécialement l'assimilation en ce qui concerne l'exercice de la profession d'avocat ou, de façon moins nette, « pour tout ce qui concerne l'accès aux professions libérales et leur exercice », ce qui soulève parfois des difficultés d'interprétation (v. pour le barreau, Nancy 4 mars 1964, R. 1965.68, note Simon-Depitre, J.C.P. 1964.II.13921 note Hébraud; Civ. 4 oct. 1988 D. 1991.Som.297, obs. Brunois.

(8) V. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, 2e éd. t. II, n. 233, t. III *bis*, par Breton, n. 1566.

(9) Civ. 16 févr. 1875, S. 75.1.193, note Labbé. V. également, pour l'admission dans un conseil de famille, Paris 21 août 1879, S. 80.2.81.

184. (1) Ce second motif explique, avec sans doute le souci du respect de la souveraineté étrangère, qu'il ne leur soit permis en principe de s'engager volontairement que dans la légion étrangère sauf dérogations particulières, notamment pour le temps de guerre (L. 13 juil. 1972, art. 88 et D. 1er juil. 1977): la pression des circonstances et la qualité de l'offre font échec aux autres considérations. Sur l'ensemble, v. Karamanoukian. *Les étrangers et le service militaire*, 1978.

(2) V. le *Rép. La Pradelle et Niboyet*, vo *Étranger*, par S. Basdevant, n. 222 et s., et notamment le texte présenté par la conférence internationale sur le traitement des étrangers, n. 225.

(3) V. sur le problème Stoupnitzky, R. 1938.394, l'arrêt du Cons. d'État 26 oct. 1938, S. 1939.3.19. C'est le décret du 12 avril 1939, repris par les textes postérieurs, qui a assimilé aux apatrides, pour des raisons comparables, quoique moins sûres, les réfugiés bénéficiaires du droit d'asile. V. les *Travaux du Com. fr. de dr. int. privé*, 1939.56. En présence des pratiques nouvelles de certains pays étrangers la loi du 4 novembre 1953 avait assujetti, par mesure de *réciprocité*, au service militaire entre 18 et 25 ans les étrangers résidant en France dont le pays incorporait les Français. Mais il a été sursis à son application (v. les rép. min., R. 1954.217, 1968.364) avant qu'elle ne soit abrogée par la loi du 10 juin 1971.

Hormis cette différence, importante certes, l'étranger est pour le surplus soumis, de manière générale, aux mêmes charges publiques que le national. Il est exposé, par exemple, aux *réquisitions* et aux prestations de services personnels[4]. Il est surtout assujetti aux *impôts*: ceux-ci sont dus à raison de facteurs tels que le domicile ou les propriétés situées ou les actes passées en France, qui font abstraction de la nationalité des redevables, car ils sont réputés déceler la participation aux avantages de l'organisation étatique française. Des traités ont cependant exempté les étrangers de certains impôts appliqués aux Français[5]. Le législateur a réservé aux Français la réquisition des devises étrangères (D. 13 févr. 1946). La confiscation des profits illicites a été jugée ne concerner que les Français, faute de viser les étrangers, et à raison de son caractère de mesure de solidarité[6]. Les dégrèvements pour charges de famille ne profitent cependant pas en principe aux étrangers, sous réserve des traités et du cas des originaires de territoires ayant accédé à l'indépendance[7]: ils visent en effet à encourager les familles françaises parce que ce sont elles qui constituent la structure de la nation.

184-1. Bénéfice des services publics. – L'étranger bénéficie en principe de l'ensemble des services publics français. Ceux-ci en effet répondent traditionnellement à des besoins si nécessaires, tels que la sécurité des personnes ou l'organisation des communications, que leur refus à l'étranger l'exclurait de la vie sociale et équivaudrait donc à la négation de sa personnalité civile.

Mais l'évolution moderne des idées a confié à l'État des fonctions nouvelles, dont la nécessité est plus relative, comme celles de l'enseignement. S'exercent-elles au profit des étrangers?

La réponse est affirmative pour *l'enseignement*. La formation scolaire est d'ailleurs obligatoire entre six et seize ans sous peine de sanctions pénales, lesquelles sont applicables à tous sur le territoire et soulignent le caractère nécessaire de cet enseignement (L. 11 juil. 1975). Ces motifs n'existent pas pour l'enseignement supérieur, au moins avec la même force, engendrant une obligation légale sanctionnée pénalement. Mais cet enseignement répond à une utilité humaine assez profonde pour que le refus de son bénéfice aux étrangers n'ait guère été envisagé. Des facilités ont même été instituées au profit des étudiants étrangers, justifiant

---

184. (4) V. Ord. 6 janv. 1959. Pour l'inapplicabilité à cet égard du traité franco-espagnol de 1862, v. la rép. min. 13 déc. 1952, R. 1952.801; Civ. 19 janv. 1954, J. 1954.752, note Goldman, J.C.P. 1954.II.8152, note Ch. F.

(5) V. p. ex. le traité franco-espagnol du 7 janv. 1862, art. 4, dispensant de l'impôt sur les bénéfices de guerre; cf. l'arbitrage du Président Ador, J. 1923.217; pour l'impôt dit de solidarité nationale, v. la note Chrétien sous des jugements en sens contraires, R. 1952.282; G. Dalimier, J. 1953.56, et sur l'ensemble du droit fiscal international, le *J.-Cl. de dr. int.*, fasc. 301 et s. par G. Dalimier; sur les conventions fiscales internationales, *ibid.*, fasc. 350 et s. *Adde* le *Rép. Dalloz de dr. int.*, vo *Impôts*, par Rothstein.

(6) Trib. Versailles 21 mai 1952, G.P. 1952.2.200.

(7) C. gén. impôts, art. 193. Mais, sur la position très libérale en la matière de l'administration fiscale. V. Rothstein, *op. cit.*, n. 47.

ainsi la pratique établie, sous forme de dispenses et d'équivalences de titres[1].

Il a été d'autre part montré (n. 182-2) qu'en matière *d'assistance*, les refus exprès de certains droits conduisent à les considérer comme des exceptions au principe de l'admission des étrangers au bénéfice de ce service.

Le caractère exceptionnel du refus aux étrangers du bénéfice des services publics autorise à conclure qu'ils ont droit par principe à ce bénéfice, sous réserve de dispositions particulières en sens contraire.

184-2. Libertés publiques. – Les libertés publiques sont en principe reconnues aux étrangers comme aux nationaux, comme il découle des textes généraux que sont la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la convention européenne des droits de l'homme et le pacte des Nations-Unies sur les droits civils et politiques. Le principe est toutefois sujet à certaines exceptions et sa portée réelle fortement affectée par les règles concernant le séjour des étrangers, en tout cas pour ceux qui sont exposés au risque d'un refus de délivrance ou de renouvellement d'un titre de séjour, voire d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'expulsion. Il a déjà été indiqué que dans certains cas ces règles pouvaient limiter la liberté de circulation sur le territoire d'un étranger pourtant en situation régulière (n. 163, note 12). Et la loi du 24 août 1993 a même prévu la possibilité, si la sécurité nationale l'exige, d'astreindre à un visa de sortie les étrangers désireux de quitter le territoire français (art. 36, al. 2 nouveau Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 24 août 1993)[1].

Les libertés de pensée, d'opinion et de religion ne comportent pas pour les étrangers plus de restrictions que pour les nationaux. L'obligation de réserve et de neutralité politique, souvent invoquée contre les activités politiques des étrangers en France, ne figure dans aucun texte et sa portée réelle se limite à empêcher que le comportement des réfugiés en France ne crée des tensions avec leur État d'origine[2]. Et si l'expression publique de croyances religieuses a parfois provoqué quelques incidents, les restrictions énoncées par les autorités ne font pas de distinction entre étrangers et Français[3].

184-1. (1) Sur le régime des étudiants étrangers, v. le décret 31 déc. 1981, R. 1982.180. Cf. D.Turpin, note sous Cons. d'État 14 janv. 1981, R. 1981.276. *Adde* la rép. min. R. 1983.351. Cf n. 164-1, note 7. Sur l'inscription des étrangers dans les établissements scolaires, v. les rép. min. R. 1984.381 et 1987.439. V. *Rép. Dalloz dr. int.*, v° *Enseignement*, par S. Dreyfus.

184-2. (1) Une importante « réserve d'interprétation » du Conseil constitutionnel (décision du 13 août 1993) indique que l'administration ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité du déplacement envisagé par l'étranger, et que « la déclaration préalable effectuée doit entraîner la délivrance de ce visa justifiant l'accomplissement de la formalité exigible ». Le Conseil d'État avait annulé, comme contraire à la liberté fondamentale d'aller et de venir, une circulaire du 28 nov. 1986 imposant déjà un tel visa (Cons. d'État 22 mai 1992, G.P. 27 fév. 1993, Pan. dr. adm. 8).

(2) V. la rép. min. R. 1992.162, rappelant Cons. d'État 13 mai 1977, *Rec.* 216, jugeant qu'« un comportement politique n'est pas à lui seul de nature à justifier légalement l'expulsion d'un étranger dont la présence en France ne constitue pas une menace pour l'ordre public ».

(3) V., au sujet de l'affaire des « foulards islamiques », l'avis du Conseil d'État du 27 nov. 1989 et la circ. 12 déc. 1989 (R.F.D.A., 1990.6 et 20); *adde* trib. adm. Paris, 2 juil. 1991, J.C.P. 1992.II.21837, note C. Bertrand.

La liberté de la presse est, elle, doublement réduite pour les étrangers, tant en raison de la possibilité d'interdiction et de saisie des publications étrangères[4] que de l'interdiction faite aux étrangers d'acquérir plus de 20 % du capital des entreprises éditant une publication de langue française (L. 1er août 1986, art. 7).

La liberté de constituer des associations, retirée aux étrangers par le décret-loi du 12 avril 1939, leur a été rendu par la loi du 9 oct. 1981 (*infra*, n. 204)[5].

SECTION III. – *Traités internationaux.*

185. Généralités. – Les traités en matière de condition des étrangers ont suivi, quoique avec retard, une évolution parallèle à celle de la réglementation interne. La plupart des traités conclus par la France ont pour objet principal d'assurer à leurs bénéficiaires la jouissance d'un certain nombre de droits qui, sinon, pourraient leur être refusés en raison de leur qualité d'étrangers. La conclusion de traités de ce type était d'ailleurs prévue – et rendue nécessaire – par la lettre de l'article 11 du Code civil (*supra*, n. 172).

Lorsque se furent multipliées, en France, les mesures individuelles de police administrative (*supra*, n. 161), de nombreux étrangers avaient essayé, mais en vain (*infra*, n. 186-1), de faire admettre par les tribunaux que ces traités traditionnels leur permettaient de se soustraire à certaines mesures individuelles. Il était alors apparu que ces traités ne répondaient pas aux besoins nouveaux créés par une immigration massive. La France avait alors conclu une série de traités d'immigration qui, avec la suspension de l'immigration, font peu à peu place à des accords en sens inverse, organisant le retour des travailleurs étrangers dans leur pays d'origine.

Mais le traité le plus complet que la France ait conclu en la matière est le traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne, qui emprunte aux méthodes des traités traditionnels l'assimilation des ressortissants de la communauté aux nationaux dans le domaine des droits professionnels et qui dépasse les traités d'immigration en faisant échapper progressivement ses bénéficiaires aux mesures de police

---

184-2. (4) L. 29 juil. 1881, art. 14, al. 2 pour l'interdiction, al. 5 pour la saisie. Sur cette saisie administrative, « mesure de répression ordonnée et pratiquée par l'autorité de police et se suffisant à elle-même » (selon la formule de Boucheron, *Rép. Dalloz dr. int.*, v° *Presse*, n. 10), à ne pas confondre avec la saisie judiciaire prévue à l'art. 51, v. Breillat, *op. cit.* (*supra*, n. 183, note 2), p. 74 et s. Le Conseil d'État exerce le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (Ass. 2 nov. 1973, D. 1974.432, note Pellet, J.C.P. 1974.II.17542, concl. Braibant, note Drago; 17 avr. 1985, G.P. 1985.2.Som.348). La loi entend largement la notion de publication étrangère : « journaux ou écrits, périodiques ou non, rédigés soit en langue étrangère, soit en langue française s'ils sont de provenance étrangère ».

(5) Sur les libertés publiques des étrangers, v. D. Lochak, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 525-A, 1er cahier, 1988.

édictées par les États membres. Il convient d'étudier dans leurs caractères généraux chacun de ces types de traités[1].

§ 1. Traités relatifs à la jouissance des droits.

186. Généralités. – L'article 11, C. civ. dispose que l'étranger jouira en France des droits qui seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle il appartient. Il importe donc d'examiner selon quelles modalités les traités accordent les droits civils refusés par l'article 11 en leur absence.

Ces traités sont nombreux. On a vu leur apparition dès l'Antiquité (n. 10), ils se retrouvent au Moyen Age (cf. *supra*, n. 15, note 1), se multiplient depuis le XVI^e siècle[1]; la matière est de celles où il est le plus facile de conclure des ententes entre États. Les plus célèbres sont historiquement les capitulations qui réglaient le statut des Européens dans les pays du Proche-Orient et de l'Extrême-Orient; elles ont aujourd'hui disparu. Les traités qui lient la France se présentent généralement sous le nom de *traités de commerce ou d'établissement*; ils énumèrent le plus souvent une série de droits généraux comme la libre circulation, le droit de contracter ou d'agir en justice, que chacun des signataires assure aux ressortissants de son cocontractant. Ces énumérations n'ont plus d'intérêt positif direct en France depuis que la jurisprudence a reconnu pratiquement, puis formellement, aux étrangers tous les droits qui ne leur sont pas refusés par un texte particulier. Aussi ne rencontre-t-on pour ainsi dire pas de jurisprudence sur la majorité de ces clauses. On les conserve cependant parce que les États étrangers estiment plus sûr d'énumérer expressément que de s'en remettre à une jurisprudence susceptible de changer et qu'ils connaissent mal. Ces stipulations ont d'autre part l'avantage d'affirmer le caractère obligatoire sur le plan international des solutions admises en droit interne.

Mais les problèmes surgissent quand un droit refusé par un texte particulier est invoqué par un étranger au nom de dispositions plus générales d'un traité. Celles de ces dispositions générales qui ont donné lieu à une construction jurisprudentielle sont la clause d'assimilation aux nationaux, la clause de réciprocité et la clause de la nation la plus favorisée[2].

185. (1) La charte sociale européenne (conv. du Conseil de l'Europe) du 18 oct. 1961 (D. 4 oct. 1974, R. 1974.773) garantit aux ressortissants des États contractants établis dans un autre État contractant certains avantages en matière de sécurité sociale, assistance sociale et médicale, exercice d'une activité lucrative et, plus généralement, de protection et assistance.

186. (1) V. pour l'Antiquité Ph. Gauthier, *Symbola, Les étrangers et la justice dans les cités grecques*, *Annales de l'Est*, 1972.

(2) Pour un tableau des traités signés par la France et contenant des clauses relativement générales, v. Maury et Lagarde, *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° *Étranger*, n. 240-321. Sur la convention européenne d'établissement, v. Rigaud, *Rev. gén. de dr. international public*, 1957.1

186-1. Assimilation aux nationaux. – De nombreux traités stipulent que chacun des États signataires traitera les ressortissants de son cocontractant comme ses nationaux. On en cite dès le XVIII^e siècle (Niboyet, II, n. 741); la clause a été à la base des conventions d'union en matière de propriété industrielle et de droits d'auteur (n. 530, 532) elle a pris de nos jours une importance considérable dans le jeu de la Communauté économique européenne (*infra*, n. 189) et dans nos relations avec les États ayant récemment accédé à l'indépendance[1].

Un pareil traitement n'est naturellement convenu que pour la matière réglée par le traité : le traité franco-belge du 8 juillet 1899, par exemple, réglant de compétence judiciaire et d'effets des jugements, la clause d'assimilation qu'il contient (art. 1^{er}) n'a aucun effet en dehors de ces matières. Mais il faut spécifier qu'une clause générale d'assimilation dans un traité d'établissement doit être comprise comme concernant en principe seulement le droit privé. L'assimilation en droit public, et notamment pour le bénéfice de certains services publics refusé par un texte aux étrangers ordinaires, devrait faire l'objet d'une clause expresse: le principe reste en effet sur ce terrain celui de l'interprétation restrictive. On a vu (n. 183-1) qu'une telle clause ne se rencontre qu'exceptionnellement pour les droits politiques. D'autre part, il est notable que les clauses d'assimilation n'ont longtemps pas été invoquées pour dispenser les étrangers de la carte de séjour[2]: il s'agit évidemment d'une mesure de police; en revanche, la carte de commerçant[3], et dans une moindre mesure, la carte d'exploitant agricole[4] ont suscité à ce sujet de fréquentes difficultés, peut-être parce que ces cartes ont pu être regardées comme ne concernant que le droit privé, s'agissant de l'exercice d'une profession.

186-1. (1) V. Jean Foyer, *Travaux du Comité fr. de dr. int. pr.*, 1960-1962, p. 139.

(2) La question est apparue tardivement. V. Cons. d'État 13 mai et 4 nov. 1977, cités *supra*, n. 169, note 1, affirmant que le traité franco-suisse du 23 févr. 1882 ne soustrait pas les Suisses à la réglementation administrative des étrangers en France, spécialement en matière de cartes de séjour (2^e arrêt).

(3) V. Crim. 24 mars 1953, R. 1953.573, note Brouchot, D. 1953.365. note Savatier, J.C.P 1953.II.7659, note Weill et Léauté, *J. des Notaires*, 1953.44126, note Simon-Depitre, remettant l'interprétation au ministre, de même les arrêts ultérieurs cités *supra*, n. 38, note 3; Freyria, R. 1952.75; Maury, *op. cit.*, n. 214, soulignant la distinction entre les deux catégories de cartes. Mais comme l'a relevé Savatier (*Travaux du Com. fr. de dr. int. privé*, v. R. 1955.210) nul n'a cependant soutenu que la carte de travailleur n'entrait pas dans les mesures de police... V. cep. pour les accords d'Évian, la rép. min. R. 1965.193. Sur les interprétations successives de l'administration, v. Sialelli, J. 1957.134, reprochant à l'affirmation qu'aucun traité ne dispense de carte de n'être pas une interprétation d'*un* traité; Cons. d'État 18 mars 1955, R. 1956.48, note Simon-Depitre, décidant que le ministre peut refuser la carte; la réponse du ministre du Commerce, R. 1955.573, paraissant admettre son octroi de droit; l'avis du ministre des Affaires étrangères publié par voie de circulaire au J.O., 25 mai 1957 (G.P. 1957.316, R. 1957.345) affirmant la nécessité de la carte pour le motif obscur que son exigence n'affecte pas la jouissance des droits... reconnus par la convention». Sur les tergiversations persistantes des cours d'appel, v. Sarraute, G.P. 1957.2. Doctr., p. 70: Simon-Depitre, R 1959.471; cf. *infra*, n. 186-2, note 5. Le Conseil d'État (7 avril 1965, cité *infra*, *eod. loc.*) a jugé qu'une clause d'assimilation oblige l'administration à étendre la validité d'une carte de commerçant à une profession réservée aux Français.

(4) La clause d'assimilation ne dispense pas de la carte d'exploitant agricole, v. Cons. d'État 4 oct. 1967, J. 1968.733, obs. B.G.

La portée de l'assimilation en droit privé soulève d'autre part un problème général qui a été particulièrement débattu dans le domaine des loyers : il a été contesté que la clause permît aux étrangers d'invoquer des lois qui n'existaient pas à l'époque où le traité avait été signé, parce que ses rédacteurs n'avaient pu avoir ces lois en vue[5].

Il est cependant certain que l'assimilation est convenue non pas seulement sur le terrain de la législation existant à l'époque du traité, mais aussi en ce qui concerne les textes à venir modifiant cette législation[6]. La vue contraire implique la conception singulière et compliquée d'un système qui resterait « figé » pour les étrangers à la date du traité, alors qu'un droit positif est naturellement en évolution et que l'assimilation n'est pas obtenue si cette évolution n'est pas suivie.

On prétendait au sujet des lois sur les loyers que les traités antérieurs n'avaient pu envisager une législation aussi nouvelle et exorbitante des conceptions reçues. Mais si cette législation se présente comme une dérogation à un système plus général, le droit du contrat de bail en l'espèce, sur lequel l'assimilation est convenue, il semble difficile de ne pas l'admettre. Aussi bien d'ailleurs, la jurisprudence a accepté (n. 40) l'interprétation donnée en ce sens par le gouvernement sous forme de décrets publiant des échanges de lettres avec les représentants des États intéressés[7].

La clause d'assimilation fait disparaître, sur le terrain de la jouissance des droits privés, la distinction de l'étranger et du national. Elle est donc la plus libérale. Aussi les tribunaux ont-ils tendance à ne pas admettre facilement son existence en cas de termes ambigus (n. 186-2)[8]. On craint que les intérêts français ne se trouvent compromis par ce libéralisme, si dans le pays cocontractant l'assimilation du Français au national se

---

186-1. (5) V. les conclusions du proc. gén. Matter sous Civ. 22 déc. 1931, D.P. 1932.1.131, note Trasbot, S. 1932.1.257, note Niboyet, n. VII; Com. sup. cass. 23 juin 1928, J. 1929.90.

(6) La législation en vigueur à l'époque de sa conclusion peut cependant être prise en considération pour l'*interprétation* du traité, par exemple quant aux charges dont il exempte les étrangers. V. pour l'application du traité franco-espagnol de 1862 aux réquisitions de biens la réponse ministérielle du 13 déc. 1952, R. 1952.801. La nouveauté d'une institution peut aussi rendre plus douteuse l'interprétation du traité à son égard, et provoquer la crainte de complications diplomatiques qui rendraient les tribunaux judiciaires incompétents à ce sujet. C'est probablement le sens de Crim. 24 mars 1953, précité (note 3), à propos de la carte de commerçant. Mais comme l'a justement observé Sarraute (G.P. 1957.2, Doctr., p. 70) on demande en réalité au ministre d'interpréter la loi nouvelle beaucoup plus que le traité ancien...

(7) Dans le sens indiqué au texte, H. Mazeaud, note au S. 1932.1.249. Sur la difficulté de savoir si la loi du 7 mai 1946 relative à la réintégration de certains locataires était matière de baux ou de spoliations, et les liens de cette loi avec la Déclaration de Londres du 5 janvier 1943, v. les notes de Francescakis, R. 1949.515, 1953.755 et de Sarraute et Tager, J. 1953.878, et les références. Cf. Civ. 31 mai 1951, G.P. 1951.2.59.

(8) Il a été cependant jugé qu'elle était impliquée par un traité de protectorat: Paris 22 févr. 1951, J. 1952.820, note de Soto, R. 1951.637, concl. Cunéo, *Rev. jur. et pol. de l'Union fr.*, 1951.132, note Foyer; cf. les traités avec les États d'Indochine, R. 1953.164; et v. Maury, *Rép. Dalloz de dr. civ.*, 1re éd., v° *Étranger*, n. 55-62. Sur la clause d'assimilation en général, Level, *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° *Clause d'assimilation aux nationaux*.

trouve moins avantageuse, eu égard à la teneur de la législation locale. D'où la clause de réciprocité.

186-2. Clause de réciprocité. – La clause de réciprocité stipule que les ressortissants de chaque État signataire jouiront sur le territoire de l'autre des droits reconnus dans leur pays aux ressortissants de ce second État : c'est la formule prévue par l'article 11, C. civ. Elle est interprétée en ce sens que les ressortissants des cocontractants bénéficieront dans les deux pays des droits qui existent à la fois dans les deux législations : c'est ce que Niboyet (II, n. 734) appelle la réciprocité « trait pour trait », Savatier la réciprocité « droit pour droit » (*Cours*, n. 128), pour la distinguer de la réciprocité qui résulte de ce qu'une autre clause, d'assimilation par exemple, est adoptée simultanément par les deux États contractants[1].

On a objecté (Lerebours-Pigeonnière, 3e éd., p. 210) à cette interprétation que le traité de réciprocité a pour effet, dans l'esprit de l'article 11, d'admettre l'étranger à la jouissance des droits civils et qu'il n'est donc pas nécessaire de constater l'identité des législations sur le point litigieux. Mais la jurisprudence s'est considérée comme liée par la lettre de l'article 11 qui n'accorde aux étrangers en France que les droits dont les Français bénéficient, en vertu d'un traité, à l'étranger.

La question s'est alors posée de savoir ce qu'il fallait entendre par l'identité des législations. A l'époque où l'hypothèque légale de la femme mariée était encore considérée comme un « droit civil », la Cour de cassation avait décidé qu'une femme suisse ne pouvait bénéficier d'une hypothèque légale sur les biens de son mari sis en France, nonobstant le traité franco-suisse du 23 février 1882, parce que la loi suisse, à l'époque, ne connaissait dans le canton d'origine de l'intéressée qu'un « assignat », sûreté conventionnelle et spéciale, donc différente assurément de l'hypothèque légale française, surtout antérieure à 1955[2]. De même il n'y a pas réciprocité en Espagne pour le droit au renouvellement des baux à ferme (L. 28 mai 1943, v. *infra*) s'il n'est accordé que pour une période plus courte qu'en France[3] : il faut une identité exacte des deux législations sur le point en litige. Des arrêts ultérieurs ont réclamé seulement une législation « sensiblement identique »[4].

186-2. (1) V. Niboyet, *La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de dr. int. privé.*, *Cours de l'Acad. de dr. int.*, 1935.II.253; Françon, *Rép. Dalloz dr. int.*, v° *Réciprocité*; Goldman, *Travaux du Com. fr. de dr. int. privé*, 1962-1964, p. 61; P. Lagarde, *La réciprocité en dr. int. privé, Cours de l'Acad. de dr. int.*, 1977.I.105.

(2) Req. 27 janv. 1903, D.P. 1903.1.249, rapport Lemaire, S. 1904.1.81, note Pillet, J. 1903.623.

(3) Soc. 24 nov. 1955, R. 1956.642, note Simon-Depitre; *contra* Loumagne, G.P. 1968.2.Doctr.148.

(4) V. notamment Soc. 21 juil. 1958, R. 1959.288, note Simon-Depitre; Soc. 7 févr. 1967, *Bull. civ.* IV, n. 138, p. 115, J.C.P. 1967.IV.11; un autre a approuvé la recherche des traits « donnant à notre législation sa physionomie propre » (Com. 13 avril 1961, D. 1961.456, R. 1963.59, note Simon-Depitre). D'autre part la Chambre sociale a aussi décidé, encore à propos de la loi du 28 mai 1943, que la « législation analogue » signifiait une analogie non seulement sur le point litigieux (droit ou renouvellement), mais sur les « principales dispositions » du statut du fermage (Soc. 6 nov. 1953, R. 1954.140, note Simon-Depitre,

La rigueur initiale de ces exigences s'est trouvée aggravée du fait que, l'article 11 ayant envisagé la réciprocité trait pour trait, les tribunaux ont eu tendance à la voir même dans des formules peu douteuses, notamment dans des clauses d'assimilation pure et simple : manifestation, sans doute, de l'hostilité au droit conventionnel dérogatoire au droit commun[5]. Il va de soi, cependant, que l'article 11 ne fait aucun obstacle aux pouvoirs du gouvernement de conclure des traités d'assimilation[6]. Et il n'est pas certain que l'intérêt français commande toujours la réciprocité trait pour trait : un système trop exclusif peut se retourner contre l'intérêt national en provoquant une interprétation semblable à l'étranger.

Quoi qu'il en soit, le point de vue de la Cour de cassation a été maintenu à propos des lois sur les loyers : les étrangers qui invoquaient des clauses apparaissant bien comme d'assimilation ont dû établir que la législation de leur pays connaissait des règles identiques à celle de nos lois sur les loyers[7].

Mais le gouvernement, favorable aux étrangers, adopta l'interprétation contraire dans des formes que la Cour de cassation estima de nature à lier les tribunaux judiciaires (n. 38)[8].

Les tribunaux n'en reprirent pas moins leur position antérieure au sujet des mesures exceptionnelles édictées en matière de loyers au début de la guerre de 1939 ; ils estimèrent que les interprétations gouvernementales antérieures publiées par décret ne s'appliquaient pas au D. 26 septembre 1939[9]. Alors intervint la loi du 28 mai 1941 dont l'article 1er octroie le bénéfice des lois sur les baux à ferme ou à

J.C.P. 1954.II.7974, note Ourliac et de Juglart ; v. dans le même sens, pour les baux commerciaux, Paris 1er mars 1955, J.C.P. 1955.II.8645, J.1955.398, note Sialelli). Si cette exigence d'analogie générale était étendue, hors la loi de 1943, à toutes les clauses de réciprocité, en combinaison avec l'exigence d'identité, même plus ou moins exacte, quand trouverait-on la réciprocité ? V. Goldman, *Trav. Com. fr. dr. int. privé*, 1962-1964.61. Cf. Sperduti, *Diritto internazionale*, 1967.40.

186-2. (5) V. pour la tendance et les références de jurisprudence Niboyet, II, n. 737 ; Maury, *Rép. Dalloz de dr. civil.*, 1er éd., vº *Étranger*, n. 90, 95, notamment Civ. 22 déc. 1931, D.P. 1932.1.131, note Trasbot, S. 1932.1.257, note Niboyet, R.1932.83, cond. Matter ; et ultérieurement Crim. 24 mars 1953, R. 1953.573 note Brouchot. Ce dernier arrêt prescrivant aux juges de demander au ministre si les Français jouissaient en Espagne de la liberté du commerce a pu être interprété comme s'ingérant dans une question diplomatique, celle de savoir si l'Espagne exécutait bien de son côté une clause d'assimilation (v. la rép. min., R. 1957.345). On l'a aussi compris (Savatier, R. 1955.210) comme recherchant si le sens attribué au traité avait évolué : problème de gouvernement. V. au contraire pour une interprétation large de la clause d'assimilation contenue dans ce même traité, Trib. gr. inst. Paris 25 juin 1969, J.C.P. 1970.II.16574, note Claeys, à propos du fonds de garantie automobile. V. aussi, pour le respect d'une clause d'assimilation dans le traité franco-néerlandais de 1885, Paris 19 févr. 1959, D. 1959.Som.85, *Rev. Loyers*, 1959.373 ; dans le traité franco-suisse de 1882, Cons. d'État 7 avril 1965, J.C.P. 1965.II.14172 *bis*, R. 1965.532, note M.S.-D. – et pour l'extension de validité d'une carte de commerçant.

(6) V. Civ. 1er août 1939, *Nouv. Rev. de dr. int. privé*, 1940.201.

(7) Com. sup. cass. 23 juin 1928, J. 1929.90 ; Civ. 22 déc. 1931, préc. (note 5) ; Civ. 24 févr. 1932, S. 1932.1.249, note H. Mazeaud.

(8) V. pour le traité franco-suisse de 1882, Civ. 4 févr. 1936, R. 1936.457 ; pour le traité franco-espagnol de 1862, Civ. 16 févr. 1937, R. 1937.678 ; sur le traité franco-américain de 1853 et la loi du 7 mai 1946, v. Francescakis, R. 1948.491.

(9) V. Paris 29 oct. 1940, G.P. 1940.2.121, concl. Gavalda ; Marty, J.C.P. 1940.I.158.

loyer à tous les étrangers, dont le pays offre aux Français les avantages d'une législation analogue, *ou* qu'un traité dispense de cette réciprocité : la réciprocité législative ou « de fait » (n. 180) peut donc suffire. Mais de plus l'article 2 interprète comme dispensant de la réciprocité législative « les traités diplomatiques qui admettent directement ou indirectement l'assimilation de l'étranger au national dans le domaine des droits civils, ou au moins dans celui régi par la loi dont l'application est revendiquée ». Cette loi, qui présente l'originalité de donner une interprétation *législative* d'un ensemble de traités[10], réagit ainsi contre la tendance des tribunaux à interpréter les clauses d'assimilation en clauses de réciprocité, mais dans un domaine limité.

186-3. Clause de la nation la plus favorisée. – Par la clause « de la nation la plus favorisée » l'État signataire s'engage à accorder aux ressortissants de son cocontractant le traitement le plus favorable qu'il ait accordé ou accorderait à des étrangers d'une autre nation. Cette clause figure dans de nombreux traités de commerce, d'établissement, de douanes. Elle répond au désir d'un État de favoriser le commerce de ses nationaux dans l'État cocontractant où l'assimilation est refusée : il s'assure au moins que ceux-ci ne subiront pas dans des conditions inégales la concurrence des autres étrangers. Pour l'État qui la concède la clause comporte des dangers, car il a pu accorder, ou pourra accorder dans l'avenir, à d'autres puissances des avantages fondés sur des liens politiques, économiques ou culturels qui ne se retrouvent pas vis-à-vis de l'État bénéficiaire, lequel obtiendra ainsi un avantage injustifié et souvent imprévu : les traités intérieurs à l'Union nordique ne sont pas faits pour les États tiers, de même ceux que la France passe avec les nouveaux États nés de la décolonisation, encore moins ceux qui ont institué les communautés européennes[1].

186-2. (10) Elle agit à ce titre rétroactivement : Soc. 9 juin et 22 juin 1944, G.P. 1944.2.157. Mais cf. Soc. 1er févr. 1946, D. 1946.242. En faveur de la réticence des tribunaux relativement aux régimes conventionnels dérogeant au droit commun, v. Francescakis, note R. 1948.496, et les références ; Savatier, D. 1947.200. V. pour l'application de la loi de 1943 au propriétaire *américain*, Paris 22 mai 1950, D. 1950.490, G.P. 1950.2.106. V. de même pour les *Suisses*, Soc. 28 déc. 1951, J.C.P. 1952.II.6952, note J.G.L. ; Civ. 3e, 5 nov. 1970, J. 1971.322, note Simon-Depitre ; les *Égyptiens*, Soc. 8 mars 1963, R. 1964.720 ; les *Chinois* (baux commerciaux), Paris 9 juil. 1992, flash Dalloz du 17 sept. 1992. Mais pour les *réfugiés*, v. Civ. 3e, 29 oct. 1968, J. 1969.830, note Simon-Depitre, J.C.P. 1969.II.15786, note Ourliac et de Juglart. Pour le refus du statut du fermage à un *Yougoslave*, v. Soc. 15 juin 1967, J. 1968.731, obs. Kahn. Pour la reconnaissance aux *Algériens* de la propriété commerciale, v. Paris 11 févr. 1972, J.C.P. 1972.IV.228. Les éditions antérieures de cet ouvrage indiquaient les difficultés d'application de la loi du 28 mai 1943 aux Hollandais, Espagnols et Italiens. Le problème a disparu en droit positif, avec le développement du droit communautaire.

186-3. (1) Sur l'histoire de la clause, ses formules, les traités qui l'ont adoptée, ses diverses applications, v. S. Basdevant, *Rép. La Pradelle et Niboyet*, vº *Clause de la nation la plus favorisée* ; Niboyet, II, n. 745 et s. ; Level, *Rép. Dalloz de dr. int.*, vº *Clause de la nation la plus favorisée*, et plus particulièrement sur les dangers de la clause et son inadaptation à la société internationale contemporaine, A. Piot, R. 1956.1. L'article 234 du traité de Rome stipule le refus des avantages qu'il institue aux États extérieurs à la C.E.E. qui invoqueraient la cause de la nation la plus favorisée. C'est ce que l'on appelle la « clause réservée ». En ce sens, Civ. 4 nov. 1977, G.P. 1978.I.Som.137 ; v. D. Vignes, *La clause de la nation la plus*

Aussi bien la clause peut se combiner avec la réciprocité trait pour trait : c'est la clause de la nation la plus favorisée *conditionnelle* : l'État bénéficiaire ne pourra réclamer un droit pour ses ressortissants en vertu de cette clause que s'il l'accorde lui-même aux ressortissants de son cocontractant[2].

L'application de la clause aux droits civils a obligé à préciser son domaine. Selon la formule de la Cour de cassation, son application suppose que « la matière du traité qui la stipule est identique à celle du traité particulièrement favorable dont le bénéfice est réclamé »[3]. Ainsi sa stipulation dans un tarif douanier autorise ses bénéficiaires à réclamer le tarif douanier le plus favorable consenti par la France aux ressortissants d'un autre pays, mais ne leur permet pas de réclamer le régime le plus favorable accordé par exemple en matière de loyers[4].

Pour écarter en faveur des Anglais cette position pourtant très sûre, le ministre des Affaires étrangères conclut en 1933 avec l'ambassadeur d'Angleterre un accord sous forme d'échange de lettres aux termes duquel le traité franco-britannique du 28 février 1882, contenant la clause litigieuse, était déclaré ne pas concerner seulement les matières commerciales et maritimes mais de manière plus générale l'établissement, donc le domaine des loyers. On sait que la Cour de cassation a considéré comme obligatoire l'interprétation des traités donnée par le gouvernement sous la forme d'un décret régulièrement promulgué et publié (n. 38), ce qui advint dans le cas présent par décret du 16 juin 1933.

Mais ultérieurement s'est posée la question de savoir si cette interprétation obligeait les tribunaux à octroyer aux Anglais le régime de la nation la plus favorisée en matière de caution *judicatum solvi*, et certaines juridictions ont répondu par l'affirmative[5]. Mais la Cour de cassation, persistant légitimement dans sa manière de voir, a approuvé le refus aux Anglais de la dispense de caution au motif que le décret du 16 juin 1933 visait seulement l'application du traité de 1882 à la matière des loyers et non à celle de la caution *judicatum solvi*[6]. La question a finalement été réglée par la convention franco-britannique du 15 avril 1936[7], mais cette jurisprudence permet de constater une fois de plus l'hostilité des tribunaux à une interprétation extensive des traités, même rapprochant le statut des étrangers considérés de celui des nationaux, qui accentuerait les différences entre étrangers.

---

favorisée et sa pratique contemporaine. Problèmes posés par la C.E.E., Cours de l'Acad. de dr. int., 1970.II.207 ; Sauvignon, *La clause de la nation la plus favorisée*, 1972, montrant son déclin parce qu'égalitaire, mais valant régionalement.

186-3. (2) V. Niboyet, II, n. 746 *bis*, et les autres possibilités de combinaison des différentes clauses. Il est d'ailleurs quelquefois difficile de savoir s'il y a ou non clause de la nation la plus favorisée ; v. pour la convention de 1951 sur les réfugiés Sarraute et Tager, R. 1953.263 et cf. C.S.C. Pensions 10 févr, 1954, D. 1954.539, concl. Benoist.

(3) Civ. 22 déc. 1913, D.P. 1915.1.1, note Basdevant, S. 1914.1.233, note Lyon-Caen. L'arrêt refuse le bénéfice du traité franco-suisse de 1869 sur la compétence judiciaire à une société allemande se prévalant de la clause dans le traité de Francfort, parce que ce traité « de commerce » ne concerne pas cette « matière spéciale » ; dans le même sens en Suisse pour le traité de 1869 Trib. féd. 8 oct. 1954, A.T.F. 80.III.161.

(4) V. en ce sens Perroud, J. 1930.554 ; Paris 28 mai 1924, D.H. 1924.297 ; Colmar 29 oct. 1925, D.H. 1926.26 ; Paris 8 juin 1935, *Rev. gén. de dr. int. public*, 1937.745 ; 9 juin 1947, R. 1947.454. Sur le traité franco-polonais du 22 mai 1937 admettant la clause pour les « lois internes de droit privé » et l'Ord. 14 nov. 1944 (mod. L. 7 mai 1946), v. Civ. 31 mai 1951, G.P. 1951.2.59 ; pour le refus d'écarter l'art. 14, C. civ. par application du traité franco-suisse de 1869 en vertu du traité franco-britannique de 1882, Seine 17 janv. 1963, R 1963.792, note Loussouarn. La convention franco-italienne du 23 août 1951 adopte également la clause pour le domaine très vaste des « droits privés et civils ».

(5) Colmar 9 nov. 1935, J. 1936.362, G.P. 1935.2.282 ; Paris 4 mai 1936, G.P. 1936.2.180, concl. Lamothe ; Seine 8 mars 1938, R. 1938.465, G.P. 1938.1.17.

§ 2. Traités d'immigration.

187. Objet. – Les migrations de population d'un pays à un autre risquant de provoquer de graves déséquilibres économiques et sociaux tant dans le pays de départ que dans celui d'accueil, ont donné lieu, dans les années soixante et soixante-dix, à la conclusion de nombreux traités bilatéraux[1]. L'objet immédiat de ces traités, qui n'envisagèrent généralement que l'immigration des travailleurs salariés, était de fixer le contingent annuel d'immigrants et d'organiser la sélection, médicale et professionnelle, le regroupement et l'introduction de ces immigrants dans le pays d'accueil. Ces traités se sont efforcés aussi de réaliser une mise en contact des offres d'emploi émanant du pays d'accueil et des demandes émanant des candidats à l'émigration. Ils se sont préoccupés également du sort des émigrants dans le pays d'accueil, en ce qui concerne notamment le logement, l'aide aux familles et la formation professionnelle. Il s'est agi ainsi avant tout d'accords administratifs entre États, qui n'ont pas dispensé les travailleurs immigrants de satisfaire aux mesures de police imposées à tous les étrangers par le pays d'accueil, celui-ci, et particulièrement la France, n'acceptant pas de se dessaisir de son droit de contrôle sur tout étranger pénétrant sur le territoire national.

Il ne faut donc pas s'étonner si les traités d'immigration n'ont généralement pas dispensé les travailleurs étrangers de l'obligation de présenter un contrat de travail avant de pénétrer en France et de solliciter, après leur arrivée, une carte de séjour et une carte de travail.

Avec la crise économique et la suspension de principe de l'immigration de travailleurs étrangers, les pouvoirs publics sont davantage soucieux

---

186-3. (6) Req. 10 mars 1941, *Nouv. Rev. de dr. int. pr.*, 1941.138 ; v. dans le même sens pour les règles de compétence judiciaire Paris 9 juil. 1947, S. 1948.2.49, note G.B. ; pour le traité douanier franco-équatorien du 20 mars 1959 quant à la caution Paris 30 janv. 1967, J.C.P. 1968.II.15357, note P.L.

(7) Publiée D. 6 déc. 1948, v. Maury et Lagarde, *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° *Caution judicatum solvi*, n. 112. On sait d'ailleurs que la caution a été supprimée (n. 698).

187. (1) V. la liste de ces accords dans le *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° *Immigration*, par P. Lagarde, n. 38 et la mise à jour. Les plus récents ont été conclus avec l'Algérie et la Tunisie (v. *supra*, n. 164-2, note 13). *Adde* les accords sur la circulation des personnes conclus avec les nouveaux États africains, surtout depuis 1974. Sur la situation des ressortissants de ces États, soumis désormais à un régime proche du droit commun, v. la rép. min., R. 1975.827 ; Lampué, *Revue jur. et pol. Indépendance et coopération*, 1980.456. Cf. G. et A. Lyon-Caen, *Dr. social international et européen*, 7e éd., 1991, n. 157 et s. soulignant l'érosion progressive de ces accords.

d'organiser le retour de ces travailleurs dans leur pays d'origine. Des accords en ce sens ont été conclus avec l'Algérie[2] et le Sénégal[3] en 1980 et avec la Mauritanie en 1986[4].

§ 3. Communauté économique européenne.

188. Généralités. – Les mécanismes traditionnels des traités intéressant la condition des étrangers sont très largement dépassés par ceux, plus complexes, que met en œuvre le traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne. Une étude approfondie dépasserait les limites de cet ouvrage et l'on se bornera à une présentation sommaire. Les objectifs du traité impliquaient en effet la « suppression entre les États membres des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux » (art. 3), laquelle ne pouvait être atteinte sans la reconnaissance progressive de la liberté d'établissement (art. 52 et s.) et de la libre circulation des travailleurs (art. 48 et s.)[1]. Mais par là même s'est trouvé nécessairement remis en question, dans les rapports avec les autres États de la Communauté, le système français de la condition des étrangers, dont on a vu qu'il reposait sur la combinaison assez compliquée de règles de fond refusant certains droits aux étrangers, notamment en matière professionnelle, et de règles de police administrative, soumettant à autorisation l'exercice en France des autres droits dont la jouissance était en principe reconnue aux étrangers.

189. 1° Règles de fond : assimilation aux nationaux et coordination des législations. – La disparition des règles de fond refusant certains droits aux étrangers est réalisée par la méthode de l'assimilation au national. C'est ainsi (art. 48, al. 2) que la libre circulation des travailleurs « implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité,

187. (2) V. l'échange de lettres franco-algérien du 18 septembre 1980 (décr. 30 déc. 1980 et la circulaire du 3 mars 1982, *J.O.*, N.C., 15 mai 1982 modifiée par circ. 12 déc. 1983, *J.O.*, N.C., 23 déc. 1983). Cf. C. Withol De Wenden, *L'échange de lettres franco-algérien du 18 septembre 1980 et son évolution en 1981 et 1982*, in *Les Algériens en France, genèse et devenir d'une migration*, Greco 13, C.N.R.S., 1985, p. 119-136.

(3) Accord franco-sénégalais du 1er déc. 1980, décr. 29 juil. 1982.

(4) Accord France-Mauritanie du 25 sept. 1986, décr. 29 mars 1993, R.1993.340. Il faut rappeler le caractère irrévocable de l'aide au retour ou à la réinsertion (textes cités n. 161, note 11), en ce sens que celui qui en a bénéficié ne peut offrir de la rembourser pour obtenir restitution de ses titres de séjour et de travail, Cons. d'État 20 janv. 1989, D. 1991.I.R.102, J.C.P. 1991.IV.152.

188. (1) La bibliographie est abondante. On renverra ici au *Rép. Dalloz de droit communautaire*, vis Établissement, Ordre public, ainsi qu'aux ouvrages généraux de droit communautaire. Sur le droit d'établissement, v. Gavalda et Parléani, *Traité de droit communautaire des affaires*, 2e éd. 1992, n. 192-457 ; Schapira, Le Tallec et Blaise, *Droit européen des Affaires*, 3e éd. 1992, p. 615-678 ; B. Goldman et A. Lyon-Caen, *Droit commercial européen*, 4e éd., 1983, n. 34-122 ; *adde* Gaillard, Carreau et Lee, *Le marché unique européen*, 1989, n. 112-141. Sur la libre circulation des travailleurs, v. G. et A. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, 7e éd., 1991, n. 242-276.

entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail » et que la liberté d'établissement (art. 52, al. 2) « comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice... dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants... ».

Cette assimilation est aujourd'hui quasiment réalisée pour les travailleurs, sous réserve des emplois dans l'administration publique (art. 48, al. 4). Ce succès tient pour une large part à la procédure prévue en cette matière par le traité, dont l'article 49 confiait au Conseil des ministres de la Communauté le soin de légiférer en ce domaine par voie de règlement, « obligatoire dans tous ses éléments » et « directement applicable dans tout État membre » (art. 189). Le règlement intervenu en la matière (règlement n. 1612/68 du 15 octobre 1968, R. 1968.769)[1] dispose en effet, dans son article premier, que « tout ressortissant d'un État membre, quel que soit le lieu de sa résidence, a le droit d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre État membre, conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux de cet État ».

L'assimilation a été moins rapide pour les professions non salariées. Le Conseil des ministres de la Communauté, en vertu de l'article 54, ne pouvait en effet statuer en la matière que profession par profession[2], suivant un programme général mis sur pied le 18 décembre 1961 (J.O.C.E. 15 janv. 1962), et seulement par voie de directives, lesquelles, si elles

189. (1) Le règlement n. 1612 (modifié le 9 févr. 1976) avait été précédé par le règlement n. 15 du 16 août 1961 et par le règlement n. 38 du 25 mars 1964. L'article 48, § 4, du traité réserve les emplois dans l'administration publique, ce qui, selon la C.J.C.E. (17 déc. 1980, *Rec.* 1980.3881, *Rev. trim. dr. eur.* 1981.357 et chr. Druesne, p. 286), ne concerne que les seuls emplois « qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et l'attribution de responsabilités pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des collectivités publiques ». *Adde* C.J.C.E. 3 juil. 1986 et 16 juin 1987, J. 1987.433 et 1988.518, obs. Boutard-Labarde ; 30 juin 1989, D. 1990.Som.96. Cf. G. Lyon-Caen, *Mél. Teitgen*, 1984, p. 271 ; v. en France la L. 26 juin 1991, citée n. 183-1, texte et note 4, sur laquelle v. Dubouis, *Rev. fr. de dr. adm.*, 1991.903. L'article 51 du traité prévoyait que la libre circulation des travailleurs devait être complétée par l'établissement d'un régime favorable de *sécurité sociale* pour les travailleurs migrants. Ce régime a été fixé par le règlement 3/68, aujourd'hui remplacé par le règlement 1408 du 14 juin 1971, plusieurs fois modifié. Ce règlement a coordonné les régimes nationaux de sécurité sociale (normalement d'application strictement territoriale, v. *infra*, n. 248-1) en donnant compétence à la loi du lieu d'exécution du travail. Il a également fait bénéficier les ressortissants de la C.E.E. de divers avantages sociaux réservés auparavant aux Français, notamment de certaines prestations non contributives (cf. n. 182-1 et 182-2). V. G. et A. Lyon-Caen, *op. cit.* (n. 188, note 1), n. 279 et s.

(2) L'art. 55 du traité excepte de la liberté d'établissement « les activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique ». Comme celle de l'art. 48 § 4 (note 1), l'exception est interprétée restrictivement, v. pour les avocats, C.J.C.E., 21 juin 1974, cité note 5. Dans certaines directives, un article spécial est consacré à l'énumération de certaines de ces activités, proches de l'activité libérée, mais qui doivent être exclues du domaine de la directive pour cause de participation à l'exercice de l'autorité publique.

L'art. 56 réserve les dispositions de chaque État prévoyant un régime spécial pour les étrangers et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Mais la coordination de ces dispositions est prévue, par voie de directives du conseil (v. n. 189-1).

lient tout État membre quant au résultat, laissent «aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens» (art. 189). Cette procédure plus compliquée impliquait que la directive du Conseil fût «reçue» par des dispositions législatives ou réglementaires dans chaque État membre(3). A la fin de 1973, de nombreuses activités avaient ainsi été libérées, dans les domaines de l'agriculture, du commerce et de l'industrie(4), mais un certain retard pouvait être constaté par rapport aux prévisions du programme général.

Pour le rattraper, la Cour de justice des Communautés européennes a décidé que l'expiration de la période de transition rendait désormais directement applicables dans les États membres les articles 52 et s. du traité et valait abrogation des mesures discriminatoires existant encore dans les législations nationales en matière d'établissement(5).

Malgré le renfort de cette jurisprudence, la méthode de l'assimilation de l'étranger au national ne suffit cependant pas à résoudre tous les problèmes et les négociateurs du traité avaient déjà compris la nécessité de la compléter par un effort de «coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant l'accès aux activités non salariées et l'exercice de celles-ci» (art. 57, al. 2). Cette coordination est indispensable pour parvenir à la libération des professions dont l'exercice est subordonné à la possession de certains diplômes (art. 57, al. 1er), notamment des professions médicales, paramédicales et pharmaceutiques (art. 57, al. 3) ainsi que pour la profession d'avocat et les offices ministériels(6). Sur les droits politiques, v. *supra*, n. 183.

189. (3) Ces mesures ont pu être prises en France par voie d'ordonnances (v. les L. d'habilitation 14 déc. 1964, 6 juil. 1966 et 26 déc. 1969). V., en application de ces lois, les Ord. n. 68-1082 du 27 nov. 1968 supprimant les restrictions à la liberté d'établissement en matière de réassurance et de rétrocession; n. 69-394 du 22 avril 1969 en matière de baux commerciaux; n. 69-815, 68-819 du 28 août 1969 en matière de carte de commerçant et de baux ruraux; n. 72-447 du 1er juin 1972, sur l'exercice de la profession de débitant de boissons; n. 72-1242 du 29 déc. 1972, sur la carte de commerçant. Cf. Baudoin, *Travaux du Com. fr. de dr. int. privé.*, 1969-1971, p. 143, et la discussion.

(4) Pour l'application de la liberté d'établissement dans les départements et territoires d'outre-mer, v. l'art. 8 de la convention d'application relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté (annexe au traité de Rome); Goldman et Lyon-Caen, *Dr. commercial européen*, 1983, n. 467 et s.

(5) C.J.C.E. 21 juin et 3 déc. 1974 (avocats et mandataires de justice), R. 1975.679, note Loussouarn, G.P. 1974.2.607, note Pettiti, J. 1976.221, chr. V. Constantinesco; cf. de Dordolot, *Rev. Marché commun*, 1974.473; 28 juin 1977 (architectes), J. 1978.964, chr. Kovar, *Rev. trim. dr. eur.*, 1977.589, concl. Mayras, G.P. 1977.2.562.

(6) Un ensemble de directives ont été ainsi prises, qui prévoient simultanément la libération de l'établissement, la reconnaissance des diplômes et l'harmonisation des législations: médecins (16 juin 1975; cf. Guigue, D. 1978.Chr.163); infirmiers (27 juin 1977); dentistes (25 juil. 1978); vétérinaires (18 déc. 1978; cf. C.J.C.E. 7 févr. 1979, G.P. 1979.1.209, sur l'application dans le temps); *adde* les L. 31 déc. 1975, 25 mai 1984 (médecins), 23 déc. 1980 (dentistes), 20 oct. 1982 (vétérinaires), 18 janv. 1991 (professions paramédicales). Pour les avocats, v. la directive 22 mars 1977 et les D. 22 mars 1979 et 27 nov. 1991 (libre prestation des services); la directive 21 déc. 1988 et la L. 31 déc. 1990 (établissement). Sur l'acquis communautaire en matière d'établissement et de prestation de services des avocats, v. J.-J. Beuve-Méry, G.P. 27 juin 1992, Doct. Sur l'accès à certains offices ministériels, v. le D. 21 déc. 1990.

189-1. 2° Règles de police administrative: suppression des mesures discriminatoires. – La libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement, telles qu'elles sont comprises dans le traité de Rome, impliquent également, à la différence de ce qui avait été jugé pour les traités d'assimilation traditionnels (*supra*, n. 186-1), la suppression des mesures de police imposées aux étrangers pour l'entrée et le séjour sur le territoire, ainsi que pour l'exercice des professions.

En ce qui concerne les cartes de séjour, le principe adopté a d'abord été de lier la liberté du séjour à la liberté d'établissement. C'est ainsi que la directive du 25 février 1964 (J. 1964.668), puis celle du 21 mai 1973 (J.O.C.E. n. L. 172 du 28 juin 1973), précisent que «chaque État membre reconnaît un droit de séjour permanent aux ressortissants des autres États membres qui s'établissent sur son territoire en vue d'y exercer une activité non salariée, lorsque les restrictions afférentes à cette activité ont été supprimées en vertu du traité»(1). Ce lien entre droit au séjour et activité économique n'était cependant pas compatible avec la création du grand marché intérieur prévu à compter du 31 décembre 1992 par l'Acte unique européen (17 et 28 fév. 1986, J. 1988.257). Aussi trois directives sont-elles intervenues le 28 juin 1990 (R. 1991.208) accordant le droit au séjour pour les travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle(2), aux étudiants(2 bis) et, enfin, de façon résiduelle, aux ressortissants d'un État membre ne bénéficiant pas déjà de ce droit en vertu d'une disposition du droit communautaire. Ce droit au séjour, étendu aux membres de la famille, est cependant subordonné (à la différence de celui des «actifs»(3)) à la possession par ses bénéficiaires d'une assurance maladie et de ressources suffisantes pour éviter qu'ils ne tombent à la charge de l'assistance sociale de l'État d'accueil.

Le droit au séjour peut être refusé ou limité pour des motifs d'ordre public, et une seconde directive du 25 février 1964 a eu pour objet de coordonner les mesures spéciales contre les étrangers justifiées par des raisons d'ordre public, de santé publique et de sécurité publique(4). Ces directives sur le séjour ont été appliquées en France par le décret du

189-1. (1) Ces directives ont été complétées par une autre du 17 déc. 1974 maintenant le droit au séjour après la cessation de la période d'activité. V. déjà le règlement 1251 du 29 juin 1970. V. aussi, pour le droit au séjour des personnes exerçant une activité salariée, la directive du 15 oct. 1968.

(2) Droit au séjour dans n'importe quel État membre et pas seulement dans celui où ils avaient exercé leur activité professionnelle.

(2 bis) Annulée pour une raison de forme mais maintenue en vigueur par C.J.C.E. 7 juin 1992, aff. C. 295-90.

(3) Cf. C.J.C.E. 23 mars 1982, *Levin*, *Rev. trim. dr. eur.* 1982.603 et chr. Druesne, p. 566.

(4) Elle précise que les mesures d'ordre public et de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet, et que les mesures de santé publique ne peuvent être prises qu'en considération de certaines maladies énumérées limitativement. Une seconde directive du 17 déc. 1974 étend la précédente aux personnes demeurées, après leur période d'activité, dans l'État membre où elles avaient exercé celle-ci. Les directives du 28 juin 1990 renvoient à celle du 25 fév. 1964. Sur la réserve d'ordre public, v. G. et A. Lyon-Caen, *Droit social int. et européen*, 1991, n. 256 et s.; Druesne, *Rev. trim. dr. eur.* 1976.229; D. Simon, *Rev. du Marché commun*, 1976.20.

5 janvier 1970, aujourd'hui remplacé par celui du 28 avril 1981[5]. Ces textes ont donné lieu à une importante jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. Celle-ci a non seulement contrôlé la régularité de la procédure suivie pour refuser le titre de séjour ou en limiter la validité territoriale[6], mais encore elle a affirmé un véritable droit au séjour, fondé sur le traité et non sur le titre de séjour délivré par les autorités nationales[7]. Enfin elle a exercé un certain contrôle sur la notion d'ordre public qu'elle a refusé d'abandonner à l'appréciation unilatérale des États membres[8]. Le Conseil d'État a toutefois refusé aux particuliers le droit d'invoquer ces directives à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé contre une mesure d'expulsion[9], mais cette position ne paraît pas devoir se maintenir[10].

189-1. (5) R. 1981.562. V. entretemps le D. 23 nov. 1979. Le D. 28 avril 1981 a été déclaré illégal en ce qu'il ne prévoit pas de garantie spéciale en cas de refus de renouvellement du titre de séjour (Cons. d'État, 8 juil. 1991, J.C.P. 1992.II.21870, note V. Haim). Pour le droit au séjour dans les territoires d'outre-mer, v. le D. 1er sept. 1977.

(6) Communication obligatoire des motifs à l'intéressé et audition de celui-ci par la commission spéciale des expulsions (*supra*, n. 167-1). V. C.J.C.E. 28 oct. 1975, *Rutili*, R. 1976.361 et chr. Dubouis, p. 301; *adde* Cons. d'État 8 oct. 1976, D. 1977.316, concl. Guillaume et chr. Distel, p. 165, J. 1977.636, 2e esp., note A. Lyon-Caen, R. 1977.561; 5 mars 1980, *Pécastaing, Rev. trim. dr. eur.* 1980.564 et chr. Druesne, p. 428. Depuis le décret du 23 nov. 1979 les textes ne prévoient plus la limitation de la validité territoriale de la carte (cf. art. 8, D. 28 avr. 1981).

(7) Le titre de séjour ne fait que « constater » ce droit, en sorte que la simple omission des formalités relatives à l'entrée et au séjour des étrangers ne constitue pas un comportement menaçant l'ordre public et justifiant une mesure d'expulsion, v. C.J.C.E. 8 avril 1976, *Royer*, R. 1977.541, note Dubouis; 3 juil. 1980, *Pieck, Rev. trim. dr. eur.* 1980.770, note Druesne. D'autres sanctions sont permises, mais elles ne doivent pas être disproportionnées à la gravité de l'infraction, v. C.J.C.E. 7 juil. 1976, *Watson et Belmann, Rec.* 1185, G.P. 1977.1.95, note Krsjak; 14 juil. 1977, *Sagulo, Rev. trim. dr. eur.*, 1977.811, J. 1978.953, chr. Kovar.

(8) L'arrêt *Rutili* (cité *supra*, note 6) rappelle l'obligation pour les États membres de se fonder exclusivement sur le comportement individuel de l'intéressé (v. déjà C.J.C.E. 4 déc. 1974, *van Duyn*, G.P. 1975.2.552; 26 févr. 1975, *Bonsignore*, G.P. 1976.1.138) et indique que l'exercice des droits syndicaux ne saurait justifier le recours à des mesures fondées sur l'ordre public (v. A. Lyon-Caen, *La grève en dr. int. privé*, R. 1977.271, spéc. 280). L'arrêt *Bouchereau* (27 oct. 1977, *Rev. trim. dr. eur.* 1977.816, J. 1978.953 chr. Kovar) écarte l'expulsion fondée sur la seule existence de condamnations pénales (cf. Cons. d'État 21 janv. 1977 cité *supra*, n. 167-2, note 12) et exige, pour justifier une mesure d'expulsion, « une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ». L'arrêt *Santillo* (22 mai 1980, *Rev. trim. dr. eur.* 1980.571 et la chr. Druesne, p. 428) exige la proximité dans le temps de la proposition et de la décision d'expulsion. L'arrêt *Adoui* (18 mai 1982, *Rev. trim. dr. eur.* 1982.751 et chr. Druesne, p. 706) refuse à un État membre le droit d'expulser ou de refuser le séjour à un ressortissant d'un autre État membre en raison d'un comportement qui, pour ses propres ressortissants, ne donne pas lieu à des mesures répressives ou autres destinées à combattre ce comportement de manière effective (prostitution). Cf. J. Lebullenger, R. 1981.447.

(9) Cons. d'État 22 déc. 1978, *Cohn-Bendit*, D. 1979.155, concl. Genevois, note Pacteau, G.P. 1979.1.212, note Ruzié, *Rev. trim. dr. eur.*, 1979.157, note Dubouis, R. 1979.647, note A. Lyon-Caen, J. 1979.589, note Goldman, Cf. Pescatore, D. 1980.chr.171.

(10) V. Cons. d'État (Ass.) 28 fév. 1992, J.C.P. 1992.II.21859, note Teboul, faisant prévaloir une directive communautaire (concernant la fixation du prix du tabac) sur un texte français de valeur législative.

En ce qui concerne les cartes professionnelles, le droit français s'est mis progressivement en harmonie avec les normes communautaires. La suppression de la carte de travailleur étranger pour les ressortissants des partenaires européens de la France fut la conséquence de l'entrée en vigueur du règlement n. 1612 du 15 octobre 1968 et de la directive du même jour qui prévoit la création d'une carte de séjour valable au moins cinq ans et automatiquement renouvelable. De même, la carte d'exploitant agricole (ou l'autorisation qui en tient lieu) et la carte de commerçant ont été supprimées, d'abord pour l'exercice des activités libérées[11], puis pour l'ensemble des activités agricoles, commerciales, artisanales et industrielles, en raison de l'applicabilité directe de l'article 52 du traité à l'expiration de la période de transition (n. 189)[12].

189-1. (11) V., pour la carte d'exploitant agricole, l'Arr. 10 oct. 1963 et le D. 28 août 1969; pour la carte de commerçant, Ord. 28 août 1969, mod. 29 déc. 1972.

(12) V. pour la carte d'exploitant agricole, Civ. 3e, 15 déc. 1975, D. 1976.33, concl. Touffait, J.C.P. 1976.II.18286, concl. Touffait, note Ourliac et de Juglart, R. 1976.371, note M. Simon-Depitre, J. 1976.416, note Tantaroudas, et, sur renvoi, Orléans 7 juil. 1976, G.P. 1976.2.755; *adde* Aix 7 juil. 1976, G.P. 1977.1.251.